

Carullo, Gherardo. 2011. «La separazione (giudiziale) tra aggiudicazione e contratto: un divorzio inevitabile». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (1):160–71.

La separazione (giudiziale) tra aggiudicazione e contratto: un divorzio inevitabile

1 Il fatto

Vi è da tempo, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un acceso dibattito su quale sorte debba avere il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

La sentenza in commento si inserisce proprio in tale dibattito e, facendo applicazione delle norme di recente positivizzate¹ in attuazione delle disposizioni comunitarie², affronta alcune delle più interessanti questioni lasciate irrisolte dal legislatore nazionale³.

Il T.A.R. si era trovato a decidere sul ricorso proposto da una delle Società aggiudicatrici della gara indetta dalla Provincia di Pisa per l'individuazione di uno o più intermediari finanziari con i quali perfezionare un'operazione di ristrutturazione del debito.

In particolare, il contratto di *swap*⁴ stipulato nel luglio 2007 mirava a dare copertura al rischio derivante dalla fluttuazione dei tassi relativi ad un *bond* emesso dalla Provincia il mese precedente.

Il contratto in questione ha la struttura di un contratto differenziale e la funzione di tenere indenne un operatore economico, nel caso di specie la Provincia, dal rischio di oscillazione dei tassi di interesse per un predeterminato periodo⁵. In particolare, nell'*Interest Rate Swap*, «due parti, che si sono obbligate con terzi a tassi differenti (una indebitata a tasso fisso e l'altra a tasso variabile, con la prospettiva, rispettivamente, di riduzione e di aumento dei tassi) convengono di regolare, alla scadenza di ciascun periodo di maturazione di interessi, la differenza fra i due ammontari»⁶.

Appare evidente che, affinché una siffatta operazione possa dirsi equilibrata, è necessario che al momento della stipulazione il risultato differenziale del contratto sia pari a zero, avendosi in caso contrario uno squilibrio a favore di uno dei contraenti.

Ed è proprio tale ultima evenienza che si sarebbe verificata nel caso di specie.

La Provincia, infatti, avvalsi di un'impresa di consulenza privata, ha ritenuto sussistere un differenziale negativo a suo sfavore dovuto a costi impliciti dell'operazione non dichiarati dalle ricorrenti e così, reputando violata la disposizione ex art. 41, comma 2, l. 448/01 ed ex art. 3 della circolare ministeriale 27 maggio 2004, ha disposto l'annullamento della procedura con delibera del 29 settembre 2009.

Con il ché la Provincia ha inteso determinare altresì la caducazione sopravvenuta (ed automatica) del contratto in essere, per il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del medesimo.

Ed è questo, come anticipato, il punto nodale e di maggior interesse della controversia.

A tal riguardo occorre segnalare che il giudice, anzitutto, ha respinto il primo motivo di ricorso con il quale la ricorrente aveva sostenuto l'illegittimità del provvedimento adottato in autotutela dalla Provincia. Il Tribunale adito ha ritenuto infatti pienamente legittimo il provvedimento di

contenuto. Non rinvenendosi differenze tra le “due riforme” sui temi qui di interesse, si rinvia per un approfondimento a M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, in *Giustamm.it*.

2 Dettate dalla c.d. “Direttiva Ricorsi”, n. 2007/66/CE.

3 Sul fatto che la questione non sia stata risolta dal c.p.a. si veda M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, in *Giustamm.it* ed anche lo scritto di F. FRENI dall'eloquente titolo: *Descrive, ma non spiega: inefficacia, ovvero del compromesso*, in *Giustamm.it*.

4 In particolare si trattava del c.d. *Interest Rate Swap*, definito dalla sentenza in commento quale contratto mediante il quale «le parti si accordano per scambiarsi reciprocamente, per un periodo di tempo predefinito ..., pagamenti calcolati sulla base di tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale».

5 Sui contratti di borsa in genere e, sulla natura di contratto differenziale dello *swap* cfr. F. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, Torino, 2004, II, 2, 209 ss.

6 Così G. RACUGNO, *Lo swap*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 01, 39.

annullamento della procedura, avendo accertato l'effettività del disavanzo a carico dell'Ente. Fatto salvo il provvedimento di annullamento, non è dunque rimasto al giudice che verificare come tale atto si sia ripercosso sull'assetto contrattualmente definito dei rapporti tra le parti.

2 Il punto controverso

Come noto, le costruzioni che si proposero in relazione a tale problema furono quantomai numerose, spaziando dall'annullabilità del contratto sino all'automatica perdita di efficacia dello stesso⁷.

Ma la pronuncia, anziché aderire ai passati orientamenti, dei quali pur dà atto, afferma che questi, alla luce della Direttiva 2007/66/CE, debbano essere oggi superati, posto che, nelle parole del Collegio, il legislatore comunitario «*si è dato carico di valutare le conseguenze dell'annullamento giudiziale dell'aggiudicazione sul contratto*»⁸.

Non resta, dunque, che analizzare il nuovo complesso normativo.

Come noto, la novella ha rimesso al giudice, anche nel caso di violazioni "gravi", la decisione sull'inefficacia del contratto, la quale potrà avere decorrenza retroattiva, ovvero *ex nunc*, a seconda del prudente apprezzamento del giudice.

A tal riguardo, in Dottrina è stata da più parti criticata l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice, tanto da far parlare di «*delega in bianco*»⁹. Altri, più cautamente, hanno tentato di ricondurre i poteri del giudice a quelli «*ordinari*» e così, escludendo che si possa parlare di una «*giurisdizione di merito innominata*», hanno preferito una soluzione interpretativa il più possibile collegata all'accertamento di presupposti obiettivi¹⁰.

Su altro versante, con la novella del 2010 pare aver trovato riconoscimento legislativo la c.d. pregiudiziale amministrativa¹¹, già da tempo proposta in Dottrina.

Presupposto del discorso, secondo tale logica, è l'annullamento dell'aggiudicazione. Risulta infatti pregiudiziale ad una qualsivoglia declaratoria di inefficacia del contratto il previo annullamento della procedura di evidenza pubblica, posto che «*la trasmissione dell'antigiuridicità (con effetti invalidanti o caducanti o, comunque, interdittivi dell'efficacia del contratto) potrà avvenire solo a seguito della caducazione dell'aggiudicazione e non indipendentemente da essa*»¹².

Dunque, l'accoglimento di tale costruzione conferma che in nessun caso le violazioni della procedura di evidenza pubblica possono fondare la nullità del contratto per violazione di norme imperative, non producendo queste *ex se*, ossia indipendentemente dall'annullamento, l'inefficacia dello stesso¹³.

Del resto, la tesi della nullità del contratto era stata già soggetta a critiche in passato per il fatto che la relativa azione, in quanto riconducibile ad un vizio genetico del contratto e, pertanto, a carattere

7 Basti qui ricordare come già nel 2006 fossero stati individuati ben 13 orientamenti dottrinali e giurisprudenziali diversi da E. STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3721, nota 3.

8 Che la discussione sul rapporto fra aggiudicazione e contratto sarebbe stata decisa dalle disposizioni comunitarie era stato avvertito da A. TRAVI, nella nota redazionale a Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 3616.

9 Questa l'espressione usata da V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 4, 1346.

10 In tal senso M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ... cit.*

11 Gli artt. 121 e 122 c.p.a. dispongono infatti che è «*il giudice che annulla l'aggiudicazione*» a pronunciarsi sull'inefficacia, non lasciando quindi dubbi sulla necessità del previo annullamento. In dottrina, osserva come il carattere pregiudiziale dell'annullamento dell'aggiudicazione sia imposto dalla normativa europea E.M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 493.

12 Così G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, 2, 342, il quale, poco prima dell'inciso citato, sottolinea come altrimenti non potrebbe essere in quanto «*finché la procedura di evidenza pubblica risulterà esistente ed efficace, il contratto non potrà mutuare alcuna patologia dall'eventuale illegittimità di cui la stessa potrà risultare portatrice*». La tesi era peraltro già stata proposta dall'Autore nella monografia *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 129.

13 In tal senso si veda G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento degli appalti e sorte del contratto*, nel volume a cura dello stesso, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.

meramente accertativo, si sarebbe dovuta poter proporre a prescindere dall'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione¹⁴, con il che contraddicendo la già affermata (ed oggi confermata) pregiudiziale amministrativa.

Poste tali premesse logiche, occorre ora verificare quale sia la natura della pronuncia sugli effetti del contratto.

Innegabilmente, in prima lettura il dato letterale delle nuove norme potrebbe dirsi a favore della qualificazione dichiarativa dell'azione¹⁵.

Tuttavia, possono rinvenirsi alcuni argomenti che, superando la lettera della norma, sono in grado di far propendere per la natura costitutiva dell'azione: da un lato, i poteri discrezionali del giudice che, come detto in Dottrina, lungi dal «*“fotografare” un assetto di rapporti compiutamente stabilito dalla legge*»¹⁶, devono valutare se dichiarare l'inefficacia *ex tunc*, *ex nunc* o se, addirittura, far salvi gli effetti del contratto «*per esigenze imperative connesse ad un interesse generale*»¹⁷; dall'altro, il dato interpretativo offerto dalla Direttiva 2007/66/CE, nel cui preambolo si legge che «*la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*».

Sulla base di tali argomenti, dunque, si è sostenuto che l'annullamento dell'aggiudicazione non abbia «*effetti caducanti (ma vizianti) sul contratto*» e che, pertanto, la modificazione della realtà giuridica derivi non tanto dall'annullamento dell'aggiudicazione, quanto piuttosto dalla pronuncia di inefficacia del contratto¹⁸.

Va detto, tuttavia, che su tali questioni non mancano differenti interpretazioni.

E così vi è chi ritiene che il contratto sarebbe inefficace non per vizi propri, ma per l'avveramento di una *condicio juris* rappresentata dall'annullamento dell'aggiudicazione, così configurando la relativa azione come dichiarativa¹⁹. Secondo tale tesi, dunque l'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe effetti caducanti (e non vizianti) sul contratto.

Ma se l'annullamento dell'aggiudicazione è circostanza imprescindibile, e se, del pari, è lasciato al giudice il potere di decidere sulla sorte (degli effetti) del contratto a seguito di questa, è evidente che una soluzione che ricollegli *tout court* all'annullamento della procedura sempre e comunque l'inefficacia del contratto, non può essere assolutamente condivisa.

La tesi non può parimenti essere accolta nemmeno laddove si voglia sostenere che si abbia caducazione non automatica²⁰.

Premessa logica di tale ricostruzione è che tra aggiudicazione e contratto non si abbia una pregiudiziale in senso tecnico, bensì un legame di presupposizione²¹. Di conseguenza, la pronuncia

14 In tal senso C. LEONE, *La tutela del contraente di buona fede nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3, 947; F.G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione ... cit.*

15 «*il giudice ... dichiara l'inefficacia del contratto*» art. 245-bis, d.lgs. 163/2006, oggi trasposto nell'art. 121 del Codice del Processo Amministrativo.

16 G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento ... cit.*

17 Comma 2, art. 245-bis, d.lgs. 163/2006, oggi comma 2, art. 121 del Codice del Processo Amministrativo.

18 La citazione è tratta da G. GRECO, *Violazione della disciplina di affidamento ... cit.* Pongono l'accento sui poteri del giudice per l'accoglimento della tesi costitutiva anche F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in *giustamm.it* e A. CACCIARI, *Prime riflessioni sull'inefficacia del contratto a norma del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53*, in *Giustamm.it*; A favore della tesi costitutiva dell'azione si sono poi mostrati anche A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e App.* 6/2010, 654.

19 F. FRENI, *Descrive, ma non spiega ... cit.*, il quale in particolare afferma che «*l'annullamento dell'aggiudicazione viene a segnare -in via retroattiva- la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che resta così ... definitivamente privato dei suoi effetti: la sorte del negozio non si configura più, quindi, in termini patologici, atteso che l'annullamento dell'aggiudicazione viene di fatto dequutato da vizio originario del contratto a mera circostanza (esterna) ostativa alla sua efficacia*».

20 Tesi già proposta da L. PASSERI, *Riflessi processuali del rapporto fra provvedimento di aggiudicazione e contratto di appalto pubblico*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 265 ss., oggi riproposta, alla luce del d.lgs. 53/2010 da E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo ... cit.*

21 Per il sol fatto che la domanda di inefficacia non sia proponibile in via autonoma, secondo E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo ... cit.*, 1090. Ma carattere precipuo della pregiudizialità è il necessario previo annullamento

costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione avrebbe come ulteriore effetto la privazione di efficacia del contratto, pur se in modo non automatico, dovendo il giudice comunque valutare la sorte degli effetti del contratto²².

Siffatte conclusioni, tuttavia, non convincono per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo non si comprende come, se la privazione degli effetti deriva dall'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto possa poi conservare comunque la propria efficacia. Se di presupposizione si vuol parlare, infatti, laddove l'atto presupposto sia stato impugnato ed annullato, il conseguente atto a valle, debitamente impugnato, non può che cadere anch'esso, a meno di non voler stravolgere la natura dell'istituto²³.

In secondo luogo, la tesi non convince in quanto tenta di ricondurre i poteri del giudice in ordine alla dichiarazione di inefficacia (*ex tunc*, *ex nunc*, o salvezza degli effetti) al solo giudizio di annullamento dell'aggiudicazione, senza invece considerare che questi configurano un autonomo potere esercitabile dal giudice in sede di giurisdizione esclusiva²⁴ in tutti i casi di annullamento dell'aggiudicazione, e dunque, anche stragiudiziale (su cui v. *infra*)²⁵.

Se fino alle recenti riforme legislative in materia la differente sede di annullamento (giurisdizionale od in autotutela) poteva, pur non condivisibilmente, essere considerata irrilevante ai fini del dibattito sulla sorte del contratto in ragione della mancanza di una disciplina normativa specifica sul punto²⁶, oggi la differenza non può più essere ignorata, avendo il legislatore disciplinato solo la vicenda innanzi al giudice amministrativo, e nulla avendo disposto in relazione ai poteri di autotutela dell'Amministrazione²⁷.

Non resta, pertanto, che verificare se le conclusioni raggiunte in relazione all'annullamento

dell'aggiudicazione, e non la possibilità di autonoma impugnazione del contratto. Peraltro la necessità della simultanea impugnazione più che dal rapporto intercorrente fra aggiudicazione e contratto pare essere dovuta all'esigenza di celerità della materia. Inoltre, la necessaria simultanea impugnazione non è elemento fondante neppure del rapporto di presupposizione.

22 Secondo E. FOLLIERI, *id.*, «l'inefficacia del contratto non è autonoma, ma è conseguenza della (preventiva o contestuale) decisione di annullamento».

23 Sul tema G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità ... cit.*, il quale parla di «trasmissione dell'invalidità» e di «effetto travolgente dell'annullamento dell'atto presupposto, di caducazione viziante (o invalidante)» rispetto all'atto presupponente.

24 Codice del Processo Amministrativo, art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, ultimo periodo, secondo cui il giudice amministrativo conosce, con «estensione della giurisdizione esclusiva», delle controversie relative alla «dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative».

25 Peraltro è lo stesso Autore a riconoscere che, in relazione al contratto, «si è in presenza di poteri cognitori, ampi e penetranti, che attribuiscono al giudice un'indagine piena su tutti gli aspetti della controversia, di fatto, tecnici e di opportunità, anche sulle conseguenti misure adottate», E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo ... cit.*, 1091. Sul fatto che il potere del giudice sussista anche nei casi di annullamento d'ufficio si rimanda alle considerazioni al riguardo in chiusura.

26 In tal senso, in dottrina, L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 138 ss, il quale espressamente afferma che le conseguenze sul contratto sono le stesse indipendentemente dalla via che porta all'annullamento dell'aggiudicazione; E. STICCHI DAMIANI, *La «caducazione» del contratto ... cit.*; C. PAPETTI, *Effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto medio tempore stipulato: profili teorico-applicativi diritto sostanziale e di diritto processuale*, in *Foro amm. CDS*, 2007, 11, 3282; F. SATTÀ, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. Amm.* 2003, 04, 645. Aveva criticato tale approccio, per il fare «di ogni erba un fascio», reputando non indifferente la sede dell'annullamento, G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 03, 413. Critico su tale aspetto fu anche F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 02, 569, che propose un regime differenziato per l'annullamento in autotutela (v. *infra* nel testo).

27 Lacuna già evidenziata in relazione alla novella che ha modificato il d.lgs. 163/2006 - oggi sostanzialmente riprodotta nel Codice del processo amministrativo - da G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Giustamm.it*. Il medesimo Autore aveva già rilevato come anche in passato né il legislatore comunitario né quello nazionale avessero prestato attenzione al problema, si veda *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Giustamm.it*.

giurisdizionale possano applicarsi, ed in quale misura, anche per il caso, non infrequente²⁸, dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

3 Annullamento in autotutela e sorte del contratto

Con grande anticipo sui tempi, autorevole Dottrina già in passato aveva negato che l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione potesse avere alcuna incidenza sul contratto *medio tempore* stipulato²⁹. L'Autore, partendo dal presupposto che scopo primario delle norme di evidenza pubblica è la tutela della concorrenza, affermò infatti che «la disciplina del consenso è una disciplina tipicizzata di un'attività negoziale, indifferente alla natura del soggetto operante su di un determinato mercato, nella quale possono trovare posto provvedimenti di autotutela solo se espressamente previsti dalla legge»³⁰.

La tesi è di particolare interesse in quanto, già all'epoca, segnava un'evidente separazione tra sorte della fase pubblicistica e sorte del contratto. Se, infatti, da un lato l'Autore predicava la caducazione automatica del contratto a seguito di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, dall'altro riconosceva che l'annullamento in autotutela della procedura selettiva non poteva incidere in alcun modo sulla susseguente attività negoziale, così, dunque, scindendo la perdita di validità dell'aggiudicazione, in sé considerata, dalla questione attinente l'efficacia del contratto. "Con il senno del poi", come si suol dire, pare potersi affermare che con tale soluzione si fosse già avvertito come la sorte del contratto sia comunque sempre legata ad una pronuncia costitutiva del giudice e che, dunque, la c.d. funzionalizzazione della procedura di evidenza pubblica risolve i suoi effetti con la stipulazione del contratto, senza poter poi più influire sull'assetto dei rapporti privatistici in sede extragiudiziale³¹.

Più di recente, accorta Dottrina, avendo previsto le difficoltà che sarebbero sorte in sede di attuazione della Direttiva ricorsi in relazione ai poteri di autotutela dell'Amministrazione, aveva proposto una possibile soluzione³². Si era suggerita la previsione di un potere di autotutela *ad hoc* per le violazioni in grado di condurre all'inefficacia del contratto, accompagnato, però, dalla esplicita indicazione di un parallelo potere di recesso unilaterale, avente le medesime conseguenze della pronuncia giurisdizionale di inefficacia del contratto. In tal modo si sarebbe assicurata, al medesimo tempo, sia una piena ed effettiva tutela della concorrenza, sia il rispetto della parità delle posizioni delle parti contrattuali.

Il legislatore, tuttavia, non ha accolto tali suggerimenti, né ha saputo offrire soluzioni alternative. A fronte del vuoto normativo lasciato, dunque, non è chiarito in quale misura sia consentito intervenire in via autoritativa alla P.A. sul contratto già perfezionato. Infatti, laddove si riconosca un

28 Come dimostrato dalla copiosa giurisprudenza relativa a casi di annullamento d'ufficio. In ultimo: Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010, n. 8065; *id.*, 12 ottobre 2010, n. 7406; Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4864; T.A.R. Torino Piemonte, sez. I, 23 aprile 2010, n. 2085; T.A.R. Campobasso Molise, sez. I, 27 gennaio 2010, n. 93; Cons. Stato, sez. V, 04 agosto 2009, n. 4885; T.A.R. Milano Lombardia, sez. I, 20 luglio 2009, n. 4398; T.A.R. Campobasso Molise, sez. I, 08 maggio 2009, n. 197; T.A.R. Napoli Campania, sez. I, 12 settembre 2008, n. 10100.

29 F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo ... cit.*, le cui parole riecheggiano quelle di altra autorevolissima Dottrina secondo cui «la procedura ordinata all'adozione degli atti deliberativi in vista dell'esercizio di attività negoziale di diritto privato rimane del tutto estranea a quest'ultima, e ..., mentre la prima è completamente governata dal diritto amministrativo, la seconda è soggetta esclusivamente al diritto privato, al quale, allorché iure privatorum, l'amministrazione viene (spontaneamente ma necessariamente) a sottomettersi» A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica Amministrazione*, in Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ., 1965. Escludono che la P.A. possa intervenire autoritativamente sul contratto, in forza dell'art. 1372 c.c., anche C. CICERO e M.C. FOSCI, *Riflessioni in tema di invalidità derivata dei contratti pubblici*, in Resp. civ. e prev., 2009, 04, 925.

30 *Ibidem*. In senso opposto L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione ... cit.*, secondo il quale era senz'altro ammissibile il potere *ex art. 21 nonies*, idoneo a determinare la caducazione retroattiva del contratto. L'Autore infatti, riteneva sufficiente, a tutela dell'affidamento del contraente, i consueti limiti dell'art. 21 *nonies*.

31 Sul concetto di funzionalizzazione della procedura di evidenza pubblica si veda G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione ... cit.*

32 M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in Giustamm.it.

potere di annullamento d'ufficio sugli atti della fase pubblicistica, non è per nulla scontato quale effetto questo possa (o debba) avere sul contratto *medio tempore* stipulato.

Appare evidente che la soluzione a tale problema sia, ancora oggi, da rinvenire nel rapporto che lega aggiudicazione e contratto. Ed allora non resta che muovere dalle argomentazioni sopra esposte in relazione all'annullamento giurisdizionale per concludere che, anche nel caso di intervento in autotutela, l'inefficacia del contratto non possa che prodursi a seguito di sentenza costitutiva.

Del resto, altrimenti non potrebbe essere. Accolta la costruzione del rapporto secondo lo schema della pregiudizialità e qualificata la pronuncia sugli effetti del contratto come costitutiva, così escludendo che possa bastare l'annullamento dell'aggiudicazione per determinare l'inefficacia dell'atto negoziale stipulato, appare evidente che, in mancanza di specifica previsione legislativa in senso contrario, l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* non può in alcun modo incidere sul rapporto contrattuale perfezionatosi tra le parti.

4 La soluzione accolta: pregiudizialità e costitutività

Alla luce di quanto esposto non stupisce che la pronuncia in commento abbia accolto la soluzione dottrinale da ultimo esposta.

Il Giudice prende le mosse dalla considerazione che l'azione volta alla declaratoria di inefficacia del contratto «*non ha carattere accertativo ma costitutivo*», essendogli riconosciuto il potere discrezionale (anche per le violazioni gravi) di valutare se mantenere o meno l'efficacia del contratto.

Da ciò la pronuncia in esame, in linea con la ricostruzione dottrinale vista, fa discendere dall'annullamento dell'aggiudicazione non l'automatica inefficacia del contratto, bensì solo il potere, in capo al giudice, di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti. Con il che viene accolta la tesi della pregiudizialità dell'annullamento dell'aggiudicazione rispetto alla pronuncia sugli effetti del contratto.

Escluso che l'annullamento dell'aggiudicazione possa determinare, di per sé, l'inefficacia del contratto e preso atto che non esiste una norma *ad hoc* che permetta ad un ente pubblico di sciogliersi unilateralmente da un vincolo contrattuale³³, la pronuncia in esame esclude di conseguenza che il mero intervento in autotutela sugli atti di evidenza pubblica possa privare di efficacia un contratto già perfezionatosi. Infatti, la valutazione degli interessi connessi alla continuazione nell'esecuzione del negozio, in siffatti casi, «*compete unicamente al giudice e non può invece derivare da un'iniziativa autonoma della stazione appaltante*».

In sintesi, la pronuncia accoglie la tesi dottrinale circa la pregiudizialità dell'annullamento dell'aggiudicazione rispetto alla sorte del contratto, il carattere costitutivo dell'azione e la non automaticità dell'inefficacia del contratto³⁴.

Dall'esposto ragionamento seguito emerge un interessante *iter* argomentativo. Potendo infatti fondare gli argomenti proposti su nuove basi legislative, il Giudice, prendendo atto del riconoscimento legislativo della pregiudiziale amministrativa, arriva alla sorte del contratto per via mediata, passando per la qualificazione della relativa azione giurisdizionale, che, forte del novellato dato normativo, è di per sé ritenuta idonea a dare una soluzione al problema, prescindendo dalla

33 Va segnalato che la sentenza, con tale affermazione, sembrerebbe escludere che la norma contenuta nella finanziaria del 2005 (l. n. 311/2004, art. 1, comma 136) possa determinare la caducazione automatica del contratto. Pur non prendendo posizione in modo esplicito sul punto, pare questa l'unica interpretazione plausibile delle parole del giudice: se infatti il T.A.R. avesse ritenuto che tale norma, invocata dalla Provincia, comportasse la caducazione del contratto, avrebbe dovuto dichiarare il contratto privo di effetti. Ma così non ha fatto e, pertanto, obbliga a concludere che tale disposizione, dal significato comunque poco chiaro, non possa più comportare la perdita di efficacia del contratto. Il che, peraltro, pare in linea con il nuovo assetto della disciplina sulla sorte del contratto.

34 Si noti che in una recente pronuncia il Consiglio di Stato (sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4864) ha ritenuto legittimo l'intervento in autotutela dell'Amministrazione dopo l'aggiudicazione definitiva sullo specifico presupposto che non fosse ancora intervenuta la stipulazione del contratto. Così, pur se solo indirettamente, sembrerebbe avvalorata anche dai giudici di Palazzo Spada la tesi per cui i poteri di autotutela della P.A. trovino come limite ai loro effetti la stipulazione del contratto.

(controversa) qualificazione dei vizi del negozio privato³⁵.

Va infine segnalato che in un *obiter dictum* il Giudice, concludendo sul punto in esame, afferma che la stazione appaltante, per rimuovere gli effetti del contratto a seguito di autotutela, «dovrà ... adire il giudice competente a conoscere dell'esecuzione del contratto il quale, ai fini della decisione, potrà apprezzare l'avvenuto annullamento dei provvedimenti di evidenza pubblica»³⁶.

Tale breve inciso pone non pochi dubbi sul fondamento che una siffatta azione potrebbe avere in sede civile, posto che occorrerebbe anzitutto qualificare il tipo di vizio che l'annullamento in autotutela sarebbe idoneo a determinare sul contratto. Sembrerebbe, dunque, riaffiorare, per tali ipotesi, la *vexata quaestio* sulle patologie del contratto.

La questione accennata dal T.A.R., e dallo stesso di recente riaffermata in via principale³⁷, è l'effetto, in realtà, della mancanza di una esplicita norma che, nel prevedere la possibilità per i soggetti privati di chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione e, così, la dichiarazione di inefficacia del contratto, ha omissso di disciplinare compiutamente la corrispondente possibilità per la stazione appaltante³⁸.

La soluzione allora, piuttosto che il ricorso alla giurisdizione ordinaria, come prospettato dai giudici toscani, potrebbe essere quella già proposta in Dottrina, ossia il riconoscimento anche alla P.A. della legittimazione attiva in merito alla pronuncia di inefficacia del contratto, onde permettere anche a questa di rimuovere un negozio stipulato con soggetto scelto in base a procedura illegittima³⁹.

Siffatta impostazione, peraltro, reggerebbe su un valido fondamento.

Il legislatore, infatti, ha espressamente disposto che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo il giudizio sulla sorte del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, senza limitazioni circa la causa di quest'ultimo. E dunque, anche laddove l'aggiudicazione sia annullata in via di autotutela, non pare potersi dubitare che spetti comunque sempre al giudice amministrativo pronunciarsi sulla sorte del contratto.

Posta tale premessa, in tale ipotesi non sembra potersi mettere in discussione il fatto che il contraente illegittimamente pretermesso possa impugnare il contratto stipulato innanzi al competente tribunale amministrativo. Da un lato, infatti, l'annullamento d'ufficio supererebbe

35 Significativo in tal senso quanto affermato da E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 04, 2010, 1077, secondo cui «il giudice non conosce .. dei vizi del contratto, né degli altri aspetti relativi alla sua validità, né delle norme che regolano l'efficacia del contratto, poiché dichiara l'inefficacia a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione». Pur non potendosi qui condividere le conclusioni raggiunte dall'Autore (per le ragioni di cui a breve nel testo), appare degno di nota come questo escluda *in toto* una qualsivoglia considerazione dei vizi del contratto dall'analisi. Il che conferma, se non altro, il diverso approccio interpretativo reso possibile dalle recenti novelle. *Contra* V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 4, 1346, il quale insiste sulla «persistente utilità della questione della "patologia" contrattuale», per arrivare alla identificazione di una «nullità speciale», fondante un'azione costitutiva. In senso favorevole a quanto sostenuto, invece, M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione ... cit.*, il quale pone l'accento sui poteri del giudice «per vagliare, trasversalmente, la portata delle nuove regole» del c.p.a. in tema di appalti.

36 In epoca anteriore alle recenti riforme, dunque prima dell'attrazione nella giurisdizione esclusiva delle questioni sulla sorte del contratto, aveva sostenuto la giurisdizione esclusiva per i casi di annullamento d'ufficio R. CAPONIGRO, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2423.

37 Ad onor di cronaca va detto che la medesima sezione del T.A.R. Toscana ha avuto modo di affrontare nuovamente il problema della giurisdizione sorto tra le medesime parti a seguito della sua stessa pronuncia. La Provincia, infatti, non condividendo evidentemente la statuizione sulla giurisdizione ordinaria, ha adito il medesimo giudice amministrativo al fine di ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto di finanziamento sul quale il giudice aveva negato il potere di intervento in autotutela. Ma il T.A.R., ribadendo le conclusioni già affermate, ha esplicitamente affermato che «solo il giudice civile è competente a conoscere delle questioni inerenti il rispetto degli accordi contrattuali intercorsi tra [le parti]» e che l'accertamento sul punto già operato, per poter essere superato, deve formare oggetto di appello innanzi al Consiglio di Stato (sentenza del 27 gennaio 2011, n. 154).

38 Anche tale lacuna del testo normativo era già stata rilevata ed affrontata da G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto ... cit.*

39 Questa la soluzione offerta da G. GRECO, *ibidem*, il quale suggerisce che tale legittimazione attiva dovrebbe essere riconosciuta anche allo Stato, in forza dell'interesse oggettivo, di matrice europeo, a che le commesse pubbliche siano aggiudicate nel rispetto delle normative sull'evidenza pubblica.

l'eventuale decadenza già intervenuta rimuovendo *ex tunc* l'atto pregiudiziale, e, dall'altro, non può certo ostare all'impugnazione del contratto il fatto che l'aggiudicazione sia stata annullata in autotutela, posto che, con una simile limitazione, si permetterebbero elusioni fin troppo facili della normativa sull'evidenza pubblica.

A seguito di tale ragionamento non può allora condividersi quanto affermato dalla pronuncia in commento circa la necessità, per l'Amministrazione, di un'impugnazione in sede civile. Un'interpretazione della normativa che costringa una delle due parti ad adire un giudice diverso da quello accordato all'altra, infatti, pare del tutto inammissibile sotto un profilo costituzionale. E visto che giudice naturale della controversia, in forza di quanto richiesto dal legislatore europeo, è il giudice amministrativo, deve necessariamente convenirsi che anche all'Amministrazione debba essere riconosciuta la legittimazione attiva in sede amministrativa.

Accolta tale soluzione si profilerebbe un ulteriore problema di cui qui si vuol solo accennare: la prefigurabilità in capo all'Amministrazione di una responsabilità precontrattuale⁴⁰. Ma questo è tema che non può essere risolto, per ragioni di sintesi, in questa sede.

La pronuncia, per concludere, se da un lato tenta di risolvere, con argomenti del tutto condivisibili, numerose e spinose questioni interpretative, ecco che, in chiusura, riapre il discorso su un aspetto che, per quanto secondario, sicuramente potrà alimentare ancora ampi dibattiti. Il ruolo (attivo) della P.A. sulla sorte del contratto a seguito di procedura illegittima, infatti, lascia intravedere, dietro un'apparente mera questione di legittimazione attiva, importanti e fondamentali questioni sostanziali e processuali.

Viene così delineandosi un disegno unitario dell'istituto in esame, tratteggiandosi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, una figura dai contorni più netti e definiti rispetto al passato, pur non dimenticandosi che sullo sfondo rimangono numerosi punti d'ombra da chiarire e completare.

40 In dottrina, nell'affermare la giurisdizione civile sulla pronuncia di annullamento del contratto a seguito di autotutela sull'aggiudicazione, aveva già avanzato il problema della responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. Amm.*, 2008, 01, 95. In relazione alle nuove norme, sul fatto che il legislatore abbia omissso di disciplinare la possibilità del risarcimento a favore della parte contrattuale il cui contratto venga dichiarato inefficace G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto ... cit.*. Per una completa analisi del tema della responsabilità precontrattuale della P.A. nelle procedure concorsuali si veda L. BERTONAZZI, *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. Amm.*, 2010, 01, 39.